

CENTRO UNIVERSITÁRIO METODISTA IZABELA HENDRIX
CURSO DE DIREITO

RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE OS ACIDENTES
EM OBRAS PÚBLICAS

Gabriela Valeriana Silva

BELO HORIZONTE
2015

GABRIELA VALERIANA SILVA

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE OS ACIDENTES
EM OBRAS PÚBLICAS**

Monografia apresentada ao Curso de Direito do
Centro Universitário Metodista Izabela Hendrix –
Minas Gerais, como o requisito parcial para
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Adeli Silvio Luiz

BELO HORIZONTE

2015

Gabriela Valeriana Silva

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PERANTE OS ACIDENTES EM OBRAS
PÚBLICAS**

Monografia apresentada ao Curso de
Direito do Centro Universitário Metodista
Izabela Hendrix – Minas Gerais, como o
requisito parcial para obtenção do título
de Bacharel em Direito.

Orientador: Professor Adeli Silvio Luiz

Belo Horizonte, ____ de _____ de 2015.

Dedico esse trabalho aos meus pais, dos quais tenho muito orgulho, obrigada pelo amor, vocês são meus heróis. Também aos meus Pastores Martinho Gregório e Celi Gregório, grandes exemplos de perseverança, agradeço pelo carinho e ensinamentos.

“E é mais fácil passar o céu e a terra do que cair um til da
lei” Lucas 16:17

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2. A EVOLUÇÃO DA NORMATIZAÇÃO SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	7
2.1. Teorias existentes	9
2.2 Responsabilidade objetiva	10
<i>2.2.1 Elementos da responsabilidade objetiva</i>	<i>13</i>
<i>2.2.2 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva</i>	<i>16</i>
2.3. Responsabilidade por omissão	18
3 A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DE SERVIÇOS E OBRAS	19
3.1 Obras públicas	20
3.2 Fiscalização	23
4.CONCLUSÃO	25
5 REFERENCIAL TEÓRICO.....	28

1 INTRODUÇÃO

Com o aumento da população e a necessidade de remanejamento e melhoria das estruturas urbanas, nasce a responsabilidade extracontratual Estatal no tocante ao planejamento, fiscalização e execução das obras necessárias. O Estado, órgão soberano, responsável pelas garantias dos direitos constitucionais, não poderia se eximir da Responsabilidade resultante do dano causado aos particulares em caso de acidentes ocorridos nestas obras; sejam eles, decorrentes de atos comissivos ou omissivos. O ordenamento jurídico brasileiro regulamenta as hipóteses e circunstâncias de como será a reparação do dano pelo Estado e pelas pessoas jurídicas públicas ou privadas que o representem, perante terceiros.

As várias situações que exigem a reparação do dano pela Administração Pública e seus representantes, demandam uma análise sobre os artigos constitucionais específicos do tema, bem como, das normas correlatas.

O presente estudo se presta a apresentar a atual normatização sobre a responsabilidade do Estado em casos de acidentes ocorridos em obras públicas, relacionando sua aplicação nos casos concretos, bem como, as hipóteses de reparação dos danos causados, seja pelo próprio Estado ou pelas pessoas que o representam, apresentando, inclusive, posições majoritárias da jurisprudência sobre o assunto.

O instituto da Responsabilidade Civil Pública, objeto desta Monografia, sofreu várias alterações desde a Constituição de 1824 até a Constituição de 1988, desta forma, a presente monografia tem por objetivo, analisar as alterações normativas acerca deste tema, bem como, apresentar os entendimentos doutrinários e posições jurisprudenciais.

2 A EVOLUÇÃO DA NORMATIZAÇÃO SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

As Constituições de 1824 e 1891 não regulamentavam propriamente acerca da responsabilidade do Estado, mas sim, baseavam-se na tese da culpa civil. Estas constituições determinavam a responsabilidade do funcionário que causasse um dano decorrente da prática de atos abusivos ou atos omissivos no exercício de sua função. Entendia-se haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes. Neste sentido, a jurisprudência dominante neste período acolhia a responsabilidade solidária do ente Estatal com a de seus funcionários.

A Responsabilidade Civil foi inicialmente materializada no Código Civil de 1916, em seu Artigo 15, segundo o qual “As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade, causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo direito de regresso contra causadores do dano”. A imprecisão do legislador ao adotar o termo *procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei* ensejou divergências na interpretação do texto, portanto, alguns juristas entendiam que era necessário demonstrar a culpa e outros entendiam que a responsabilidade civil era sem culpa. Entendo que a responsabilidade prevista neste artigo era a responsabilidade com culpa, uma vez que as expressões “*de modo contrário ao direito*” e “*faltando a dever prescrito em lei*”, demonstram a intenção do legislador em especificar as circunstâncias que ensejariam a responsabilidade do ente público. Neste mesmo sentido, o doutrinador José dos Santos Carvalho Filho (2005, p.424) se manifesta:

“Em nosso entender, a norma exigia a prova da culpa. Os pressupostos aí consignados – o procedimento contrário ao direito e a falta a dever prescrito em lei – revelam que a responsabilidade

estatal não se configuraria diante de fatos lícitos, mas, ao contrário, só diante de atos culposos.”¹

Em 9 de Maio de 1934 foi promulgado o Decreto Nº24.216, no qual buscava-se restringir a responsabilidade do Estado nos casos em que o ato de seu representante possuísse caráter criminoso. Contudo, esta norma teve duração momentânea, pois a Constituição de 1934, promulgada um mês depois, em 16 de julho de 1934, contendo em seu Artigo 171 o seguinte teor: “Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos”, aniquilando o decreto em epígrafe. A responsabilidade solidária prevista neste artigo ensejava a obrigatoriedade de figurarem o Estado e o funcionário público como pólo passivo na ação de reparação de danos. A Constituição de 1937 em seu Artigo 158 manteve esse mesmo dispositivo.

A expressiva alteração acerca da responsabilidade do Estado ocorreu com a Constituição de 1946, a qual introduziu normativamente em seu Artigo 194 a teoria da responsabilidade objetiva; “As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros”. E o parágrafo único previa a ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tivessem culpa destes. Portanto, o Estado respondia pelos danos causados por seus agentes, mesmo na ausência de culpa ou falta de serviço permanecendo esta previsão na Constituição de 1967.

A Constituição Federal de 1988 em seu Artigo 37 § 6º estabelece que “As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. ”. Este dispositivo revela que o constituinte estabeleceu para todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores, independentemente da prova de culpa no

¹cometimento da lesão. (Meyreles, 2006, p. 653). Observa-se que o emprego do vocábulo *agente*, representa genericamente os servidores públicos, englobando, para fins de responsabilidade, todas as pessoas incumbidas da realização de algum serviço público, seja em caráter permanente ou transitório.

2.1 Teorias existentes

A doutrina do Direito Público, buscando solucionar a questão da responsabilidade civil do Estado, amparou-se nos princípios objetivos, expressos na teoria da responsabilidade sem culpa. Surgindo assim, as teses da culpa administrativa, do risco administrativo e do risco integral. Todas elas com variantes nos seus fundamentos e na sua aplicação.

A teoria da culpa administrativa enquadra o binômio *falta do serviço/culpa da Administração*, portanto, não indaga acerca da culpa subjetiva do agente público e possibilita que a falta do serviço em si, seja o fato gerador da obrigação de reparar o dano causado a terceiro. Neste sentido, o autor Hely Meireles se manifesta:

“Aqui não se indaga da culpa subjetiva do agente administrativo, mas perquire-se a falta objetiva do serviço em si mesmo, como fato gerador da obrigação de indenizar o dano causado a terceiro” ²

A teoria do risco administrativo, como o próprio nome sugere, baseia-se no risco que a atividade pública possui. Não exige falta do serviço público, nem culpa do agente. Basta apenas que haja a lesão, sem o concurso do lesado, pois, sendo comprovada a culpa total ou parcial do lesado, a Administração poderá se eximir parcial ou integralmente da indenização. Ao contrário da culpa

¹ CARVALHO FILHO. José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo, 2005.

² MEIRELES. Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. São Paulo, 2006.

administrativa, a teoria do risco, não exige a falta do serviço, mas sim, o fato do serviço. Portanto, a culpa decorre do fato lesivo da Administração.

A teoria do risco integral aduz que a Administração é obrigada a indenizar todos os danos sofridos por terceiros, mesmo que estes decorram de culpa ou dolo da própria vítima. Esta teoria foi denominada como “brutal”, pelas graves consequências que pode produzir na inteireza de sua aplicação. (Meirelles, 2009, p. 650).

2.2 Responsabilidade objetiva

A teoria da responsabilidade objetiva da Administração, baseada na teoria do risco administrativo, é aquela em que se dispensa a prova de culpa dos agentes públicos e seus delegados no cometimento da lesão.

O §6º do artigo 37, da Constituição Federal, seguindo os traços das Constituições anteriores, manteve a responsabilidade civil objetiva. O referido texto constitucional determina: *“As pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”*.

Firmando o princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, este dispositivo estabelece a obrigação de indenizar o dano causado a terceiros, por todas as entidades estatais e também de seus desmembramentos administrativos. Portanto, as empresas estatais, bem como as empresas concessionárias ou permissionárias do serviço público, sejam elas permanentes ou transitórias, também respondem objetivamente pelos danos que seus empregados, na qualidade de agente público, causarem a terceiros.

O agente público que, no exercício de sua função, causar lesão com abuso, não excluirá a responsabilidade objetiva da Administração, mas sim, a

agrava, uma vez que a própria Administração quem possibilitou ao agente a realização de certa atividade.

Neste sentido tem se posicionado a jurisprudência:

“Decisão: Trata-se de agravo interposto contra decisão de inadmissibilidade de recurso extraordinário que impugna acórdão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, assim do, no que interessa: “APELAÇÃO – INDENIZAÇÃO- RESPONSABILIDADE CIVIL- PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA- REJEIÇÃO- AUTARQUIA PÚBLICA E EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO- RESPONSABILIDADE OBJETIVA- ACIDENTE COM PEDESTRE EM DECORRÊNCIA DE OBRA PÚBLICA- AUSÊNCIA DE ADOÇÃO DE MEDIDAS NECESSÁRIAS À GARANTIA DA SEGURANÇA DOS PEDESTRES – DANOS MORAIS E MATERIAIS – COMPROVAÇÃO- MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO- HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - ARBITRAMENTO- ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA - DIVISÃO.” (vol. 3, p. 433) No recurso extraordinário, interposto com fundamento no artigo 102, III, a, da Constituição Federal, sustenta-se, em preliminar, a repercussão geral da matéria. No mérito, alega-se violação aos artigos 5º,V e X; e 37, § 6º, todos do texto constitucional. Nas razões recursais, defende-se, em síntese, que a responsabilidade por omissão é subjetiva e que não se comprovou conduta omissiva por parte da autarquia estatal. Alegou-se culpa exclusiva do pedestre. Decido. O recurso não merece prosperar. Isso porque, para se chegar à conclusão diversa da adotada pelo Tribunal de origem, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é inviável na estreita via do recurso extraordinário, conforme impõe o óbice do Enunciado 279 da Súmula do STF. Ademais, ainda que assim não fosse, ultrapassada a barreira da admissibilidade recursal, no mérito, ressalta-se que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que a responsabilidade objetiva prevista no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, abrange os atos omissivos do Poder Público. Nesse sentido destacam-se os seguintes julgamentos de ambas as Turmas desta Corte: “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. RESPONSABILIDADE objetiva DO ESTADO. OMISSÃO. DEVER DE FISCALIZAÇÃO DO MUNICÍPIO. ART. 37, § 6º, CF/88. NEXO CAUSAL. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. Existência de nexo causal entre a omissão do Município e o dano

causado ao agravado. Precedente. 2. Incidência da Súmula STF 279 para afastar a alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva do Estado. 3. Agravo regimental improvido.” (AI-AgR 742.555, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 10.9.2010). “CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RESPONSABILIDADE objetiva DE CONCESSIONÁRIA PRESTADORA DE SERVIÇO PÚBLICO. FALHA DE SEGURANÇA EM RODOVIA. REPARAÇÃO DE DANOS. ART. 37, § 6º, DA CF/88. FATOS E PROVAS. SÚMULA STF 279. 1. O Tribunal a quo, diante da análise do conjunto fático-probatório da causa, concluiu pela responsabilidade objetiva, porquanto comprovadas a falha na segurança da pista e a causação de prejuízos ao autor, evidenciando, portanto, o nexo causal a ensejar o direito à reparação. Precedentes. 2. Incidência da Súmula STF 279 para aferir alegada ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal - responsabilidade objetiva da concessionária de serviço público. 3. Pedido recursal contido no agravo regimental não pode, por si só, alterar aquele originariamente deduzido no recurso extraordinário. 4. Agravo regimental improvido.” (RE-AgR 557.935, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 5.2.2010). “Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento público de ensino. Acidente envolvendo alunos. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes. 1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexo causal entre o dano e a omissão do Poder Público. 2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado. 3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF. 4. Agravo regimental não provido.” (ARE-AgR 754.778, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 19.12.2013) Por fim, conforme firme jurisprudência desta Corte, a mera alegação de violação aos limites objetivos dos primados constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, da coisa julgada, do ato jurídico perfeito e do

direito adquirido é insuficiente para viabilizar o processamento de recurso extraordinário, quando a norma constitucional for atingida apenas de forma reflexa. Cito, a propósito, os seguintes precedentes: AI-AgR 819.729, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, DJe 11.4.2011; RE-AgR 356.209, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 25.3.2011; RE-AgR 563.816, Segunda Turma, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe 29.11.2010; AI-AgR 618.795 e o AI-AgR 660.254, Rel. Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, DJe 14.5.2010). Ante o exposto, conheço do presente agravo para negar-lhe provimento (art. 544, § 4º, II, a, do CPC). Publique-se. Brasília, 31 de outubro de 2014. Ministro Gilmar Mendes Relator Documento assinado digitalmente.

(STF - ARE: 797095 MG , Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 31/10/2014, Data de Publicação: DJe-220 DIVULG 07/11/2014 PUBLIC 10/11/2014)."

2.2.1 Elementos da responsabilidade objetiva

a) Dano

De acordo com a doutrina, "O dano ensanchador de responsabilidade, é mais que simples dano econômico. Pressupõe sua existência, mas reclama, além disso, que consista em agravo a algo que a ordem jurídica reconhece como garantido em favor de um sujeito". (Celso Antonio bandeira de Melo, 2001, p 826)

Nesse mesmo sentido, Hely Lopes Meirelles afirma que "O dano abrange o que a vítima efetivamente perdeu, o que despendeu e o que deixou de ganhar em consequência direta e imediata do ato lesivo da Administração". (Hely Lopes Meyreles, 2006, p. 658)

Nas hipóteses de lesão pessoal e morte da vítima, a indenização abrangerá o tratamento, o sepultamento e a prestação alimentícia às pessoas a quem o falecido a devia, levando-se em consideração a duração provável de sua vida, conforme prevê o artigo 948 e seguintes do Código Civil.

b) Indenização

A indenização é o montante pecuniário que traduz a reparação do dano. Corresponde à compensação pelos prejuízos oriundos do ato lesivo José dos Santos Carvalho Filho, p.442.

A reparação do dano pode ser feita no âmbito administrativo, meio pelo qual o lesado poderá formular seu pedido ao órgão competente da pessoa jurídica responsável pelo fato. Caso não haja acordo entre as partes, é possível a propositura de ação judicial de indenização, a qual seguirá o procedimento comum, ordinário ou sumário, conforme previsto nos Artigos 272 e 275 do CPC.

A Indenização do dano abrange o que a vítima verdadeiramente perdeu e gastou, e também, o que deixou de ganhar, mas ganharia caso não houvesse ocorrido o evento lesivo, em razão do dano. Ou seja, o dano emergente e os lucros cessantes, bem como honorários advocatícios, correção monetária e juros de mora, caso haja atraso no pagamento. A indenização por lesão pessoal e morte da vítima engloba o tratamento, despesas com sepultamento, e ainda, a prestação alimentícia que o falecido devia. A indenização por dano moral também é cabível, consoante prevista no artigo 5º, inciso X da Constituição Federal, consiste em indenizar a vítima que foi atingida em sua esfera moral e subjetiva, justamente por isso há a dificuldade na definição deste montante.

c) Não haver decorrido prazo prescricional

Assim como os direitos subjetivos em geral, a indenização dos prejuízos causados tem natureza pessoal e obrigacional, portanto, não podem ser objeto de inércia do titular. Se a parte demandada for entidade federativa ou autárquica, o prazo prescricional será de 5 anos contados a partir do fato danoso.

“EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO INDENIZATÓRIA - PRAZO PRESCRICIONAL - ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32 - TERMO INICIAL - DATA DO ATO OU FATO LESIVO - INTERRUÇÃO DO LAPSO PELO AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA - INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO - SENTENÇA CASSADA - APLICABILIDADE DO ART. 515, § 3º, DO CPC - CAUSA MADURA - JULAMENGO IMEDIATO - DANO MORAL - POLICIAL MILITAR REMOVIDO PARA OUTRA LOCALIDADE E DISTANCIAMENTO DA ESPOSA - INEXISTÊNCIA DE MÁGOA, TRISTEZA, CONSTRANGIMENTO OU ATRIBULAÇÕES RELEVANTES NA ESFERA ÍNTIMA - REPARAÇÃO INDEVIDA - DANO MATERIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO - PEDIDOS IMPROCEDENTES - RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Tratando-se de ação indenizatória ajuizada em desfavor do Estado de Minas Gerais, o prazo prescricional é de cinco anos, consoante previsto no Decreto nº 20.910/32, que é a legislação especial reguladora da prescrição nas relações jurídicas em que a Fazenda Pública figura como devedora. 2. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento pacificado de que, na hipótese de pendência de apuração judicial de fato lesivo, a contagem do prazo prescricional fica interrompida; logo, o ajuizamento da presente ação anulatória interrompeu a fluência do prazo prescricional no tocante à ação indenizatória, o qual somente tornará a correr depois do trânsito em julgado da sentença proferida naquele processo. 3. Após a edição da Lei nº 10.352/01, que acrescentou o § 3º ao art. 515 do CPC, em homenagem aos princípios da celeridade e da economia processual, os Tribunais têm admitido o julgamento da demanda, na hipótese de ser cassada a sentença, quando o feito estiver em condições de julgamento imediato. 4. O dano moral pressupõe fundado abalo, através de uma situação capaz de provocar constrangimento, tristeza, mágoa, ou atribulações relevantes na esfera íntima da pessoa humana, na hipótese dos autos, a deslocamento de Policial Militar para outra localidade com o consequente distanciamento de sua esposa, não são suficientes para invadir a órbita do dano moral, uma vez que não despertam relevante abalo psíquico, vexame, angústia ou sofrimento intenso. 5. A indenização por dano material depende da robusta comprovação dos prejuízos sofridos. 6. Sem efetiva prova, a improcedência é de rigor. 6. Recurso não provido. (TJMG - Apelação Cível 1.0024.08.942215-8/001, Relator(a): Des.(a) Raimundo

Messias Júnior , 2ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 06/10/2015, publicação da súmula em 16/10/2015) “

d) Nexo causal

O Pressuposto do nexo causal, também chamado de relação de causalidade, é a demonstração entre o prejuízo sofrido e a conduta estatal, sem qualquer consideração acerca de dolo ou culpa. Portanto, inexistindo o fato administrativo, não há que se falar em nexo causal.

Neste sentido, importante é a exposição doutrinária de Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

“Sendo a existência do nexo de causalidade o fundamento da responsabilidade civil, esta deixará de existir ou incidirá de forma atenuada quando o serviço público não for a causa do dano ou quando estiver aliado a outras circunstâncias, ou seja, quando não for a causa única”³

2.2.2 Causas excludentes e atenuantes da responsabilidade objetiva

As hipóteses que excluem a responsabilidade do Estado envolvem fatos imprevisíveis, estranhos à vontade das partes. Constituem o que a doutrina caracteriza como *força maior* e *caso fortuito*, são exemplos dessas hipóteses os eventos da natureza ou atos exclusivos da vontade humana. Há grande divergência doutrinária sobre estes fatos, mas a maioria dos doutrinadores classifica a força maior, como um acontecimento imprevisível e inevitável, por exemplo, as tempestades. E como não há nexos de causalidade entre o dano e a conduta do Estado, não haverá obrigação de indenizar.

Existe a hipótese em que, mesmo ocorrendo o dano por força maior, haverá responsabilidade do Estado, são os casos em que a força maior está

³ DI PIETRO. Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo, 2006.

relacionada à omissão do Poder Público. Por exemplo, quando ocorrem tempestades e há enchentes nas cidades, demonstrando a falta de manutenção e limpeza dos bueiros e galerias.

Quanto ao *caso fortuito*, a doutrina majoritária classifica como ação humana inesperada, que impede o cumprimento de uma obrigação, como por exemplo, ocorrência de greve. Os posicionamentos afirmam que por não demonstrar nexo de causalidade entre a conduta do Estado e o dano, não haverá obrigação de indenizar. Por outro lado, há quem considere o caso fortuito um acidente, por isso, não exime a responsabilidade do Estado.

Nos casos em que houver culpa da vítima, é necessário averiguar se a culpa é exclusiva ou concorrente com a do poder público. Na primeira hipótese, o Estado não será responsabilizado, já na segunda hipótese, a responsabilidade Estatal será atenuada, repartindo-se com a da vítima.

A Jurisprudência assim se manifesta:

“EMENTA: REEXAME NECESSÁRIO - RESPONSABILIDADE CIVIL - ATROPELAMENTO EM OBRA PÚBLICA - CULPA EXCLUSIVA DA VÍTIMA - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Se as provas trazidas aos autos não deixam dúvida de que o evento danoso decorreu de imprudente ação da própria vítima, que ingressou em via que estava sendo pavimentada, de costas e em direção a carro pipa que dava ré, sem que o motorista pudesse lhe ver, não há como impor ao Estado, ou a terceiros, o dever de ressarcimento, em face da causa de exclusão da responsabilidade. No reexame necessário, reformar a sentença, prejudicados os demais recursos. (TJMG - Ap Cível/Reex Necessário 1.0114.06.072675-8/001, Relator(a): Des.(a) Judimar Biber, 3ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 08/05/2014, publicação da súmula em 23/05/2014) “

2.3 Responsabilidade por omissão

Quando o dano resultar de uma omissão do Estado, ou seja, quando o serviço não funcionou, funcionou tardia ou ineficientemente, será aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva, uma vez que o Estado será responsabilizado na condição de estar obrigado a impedir o dano. Considerando que é uma obrigação do Estado impedir o evento danoso, conclui-se que a responsabilidade por omissão decorrerá sempre de um comportamento ilícito, pois não há conduta ilícita que não seja oriundo de negligência, imprudência ou imperícia.

Neste sentido, o jurista Celso Antônio Bandeira de Mello se manifesta:

“se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracteriza-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, devia sê-lo”.⁴

Compreende-se que o Estado responde objetivamente pelos danos que causou, e subjetivamente pelos danos que não causou quando for comprovada sua obrigação de impedi-lo.

São hipóteses que acarretam a responsabilidade do Estado por omissão ou atuação insuficientes:

- a) Fato da Natureza: Quando ocorrem alagamentos nos imóveis decorrentes de águas pluviais que não escoaram devido à ausência de limpeza dos bueiros e galerias que lhes teriam dado vazão.
- b) Comportamento Material de Terceiro: Quando um assalto acontece por inércia de agentes públicos.

⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, 2001. Roberto Tauil, 2006

- c) Danos dependentes de situação produzida pelo Estado Diretamente Propiciatória: Hipótese em que um comportamento do Estado é ponto inicial ligado ao evento danoso. Por exemplo, quando ocorre um assassinato de um presidiário por outro. Neste caso, configura-se a guarda do Poder Público pelas pessoas que estão em risco.

“ Tendo o Estado o dever de agir em defesa do bem-estar da população, a sua omissão, ineficiência e despreparo administrativo no cumprimento de suas obrigações, provocam, incontinenti, um dano a ser reparado. Não se trata de um poder facultativo e, sim, de um dever a cumprir. Cabe ao Estado responder nas esferas civil, penal e administrativa, por sua omissão e ineficiência ao permitir o que não seria permitido, ao tolerar o intolerável ” (Roberto Tauil, 2006).

Seguindo a previsão do princípio da razoabilidade, é necessário provar que o Estado não agiu em uma situação que ele deveria agir, demonstrando que era possível e razoável sua ação, e que por essa omissão resultou o dano. Não analisando, portanto, a culpa do agente, mas sim o fato de que Estado descumpriu o dever de agir decorrente de lei.

3 A RESPONSABILIDADE DECORRENTE DE SERVIÇOS E OBRAS

Como o dispositivo do Artigo 37, §6º da Constituição define a responsabilidade para prestação de serviços públicos, a questão da responsabilidade oriunda de obras públicas, tem apresentado controvérsias entre os estudiosos e nas decisões judiciais. (José dos Santos Carvalho. Filho, 2005, p. 434). Existem duas hipóteses atualmente aplicadas. A primeira hipótese é aquela em que o dano decorre somente da obra, por motivo natural ou imprevisível, sem que haja culpa de alguém. Neste caso, a responsabilidade Estatal será objetiva, independentemente de quem seja o executor da obra. Esta imputação decorre da própria teoria do risco administrativo, ainda que não

seja possível caracterizar como ilícita a atividade estatal. (José dos Santos Carvalho Filho, 2005, p. 435).

Destarte posicionamento do ilustre autor, cabe controvérsia sobre a hipótese mencionada, uma vez que, diante dos fatos naturais e imprevisíveis dos quais decorreram o dano, pode o Estado eximir-se da responsabilidade, baseando na excludente da força maior.

A segunda hipótese é aquela em que o Estado remete uma execução de obra a um empreiteiro através de contrato administrativo, e o dano tenha sido causado exclusivamente por este executor. Neste caso, não há participação do Estado, será atribuída ao empreiteiro da obra a responsabilidade subjetiva comum de direito privado, uma vez que este assumiu por vontade própria o cumprimento do contrato. A ação será movida somente em face do empreiteiro. (José dos Santos Carvalho Filho, 2005, pg 435)

Cabe acrescentar uma terceira hipótese, quando há responsabilidade conjunta do Estado e do Empreiteiro, ou seja, tanto um como o outro contribuíram para a ocorrência do dano. Por exemplo, quando o Estado descumpra seu dever de fiscalizar. Neste caso, diante de sua omissão, a responsabilidade será objetiva, primária e solidária, podendo ambos figurarem como réus na ação de reparação de danos pelo lesado. (José dos Santos Carvalho Filho, 2005, p. 435)

3.1 Obras públicas

Embora a Lei 8666 exponha o conceito de Obra Público e Serviço Público, alguns doutrinadores apresentam conceitos mais amplos, outros mais restritos. Em regra, serviço público é caracterizado como atividades destinadas a satisfazer a coletividade, é uma atividade dinâmica. Já a obra pública é uma atividade estática, e não é necessária existência prévia de um serviço, já para prestação de um serviço, muitas vezes é necessário que uma obra lhe dê suporte material.

De acordo com a Lei 8.666/93, artigo 6º, considera-se obra pública:

"toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta".

Inciso VII - Execução direta: a que é feita pelos órgãos e entidades da Administração, pelos próprios meios;

Inciso VIII - Execução indireta: a que o órgão ou entidade contrata com terceiros sob qualquer dos seguintes regimes:

a) empreitada por preço global - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo e total;

b) empreitada por preço unitário - quando se contrata a execução da obra ou do serviço por preço certo de unidades determinadas;

Enquanto a definição de obra pública é taxativa, abrangendo apenas a construção, a reforma e a ampliação, pode-se concluir que a atividade contratada pelo Estado que não se inclua no conceito de obra pública, é serviço. (Di Pietro, 2006, p. 329).

A obra é, em si mesma, um produto estático; o serviço é uma atividade, algo dinâmico. (Hely Lopes Meireles, 200, p. 603).

A lei 8.666 impõe, em seu artigo 7º, requisitos ao contrato de obra pública, sendo eles:

1) Observância da consequência compreendida pelo

a) Projeto básico, definido no artigo 6º, inciso IX, como:

"Conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;

- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados”

Projeto Básico é o conjunto de elementos que define a obra, o serviço ou o complexo de obras e serviços que compõem o empreendimento, de tal modo que suas características básicas e desempenho almejado estejam perfeitamente definidos, possibilitando a estimativa de seu custo e prazo de execução. (Tribunal de Contas do Município de São Paulo, 2013).

- b) Projeto Executivo, definido no artigo 6º, inciso X, como:

“O conjunto dos elementos necessários e suficientes à execução completa da obra, de acordo com as normas pertinentes da Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT”.

- c) Execução: feita diretamente pelos órgãos e entidades do Estado ou indiretamente por terceiros contratados; artigo 6º, incisos VII, VIII e artigo 10 da Lei 8.666.

Importante salientar que o projeto básico é o elemento mais importante na execução da obra, sua observância pelo empreiteiro e pela Administração é

fator primordial para uma boa prestação de serviço aos cidadãos, ele concede as diretrizes para a sua realização de acordo com os princípios constitucionais da eficiência e economicidade. Por isso, qualquer falha em sua definição ou inconsistência de seus elementos poderão gerar: utilização de materiais inadequados, falta de efetividade ou alta relação custo/benefício e inadequação das plantas e especificações técnicas. Essas consequências podem acabar frustrando o empreendimento.

3.2 Fiscalização

A fiscalização é uma atividade que deve ser exercida de modo rígido e sistemático pelo Contratante e seus prepostos, objetivando o cumprimento das disposições contratuais, objetivando o sucesso da obra e a segurança da população.

A fiscalização é de competência e responsabilidade do Órgão contratante a quem caberá verificar se no seu desenvolvimento se estão sendo cumprido o termo de contrato, os projetos, especificações e demais requisitos.

A atividade de “fiscalização” é definida na Resolução nº 1010, Anexo I do CONFEA (Conselho Federal de Engenharia e Agronomia), como “atividade que envolve a inspeção e o controle técnicos sistemáticos de obra ou serviço, com a finalidade de examinar ou verificar se sua execução obedece ao projeto e às especificações e prazos estabelecidos”.

Nas obras e serviços públicos, a fiscalização reveste-se de grande importância, pois os recursos públicos devem ser utilizados seguindo os princípios da economicidade, eficiência e eficácia.

“ Todo órgão público deve possuir um Programa de Manutenção, que é um conjunto de inspeções periódicas realizadas com vistas a evitar o surgimento de problemas. ” . (Brasil. Tribunal de Contas da União,2013)

O “Fiscal” de obras e serviços de engenharia, agronomia e geociências deve ser legalmente habilitado no CREA, registrar ART específica da fiscalização que realiza e deve se municiar de instrumentos que materializem o controle sobre a obra ou serviço, em forma de livros ou formulários de registro das atividades.

É permitido que os autores do projeto da obra pública acompanhem sua execução nas atividades de fiscalização, supervisão ou gerenciamento, exclusivamente a serviço da Administração interessada. Conforme previsto na Lei Federal nº 5194/66, artigo 22, “ao autor do projeto ou a seus prepostos é assegurado o direito de acompanhar a execução da obra, de modo a garantir a sua realização, de acordo com as condições, especificações e demais pormenores técnicos nele estabelecidos”.

As normas e orientações para a fiscalização da execução da obra pública devem constar do projeto básico da mesma.

O Fiscal deve dar o “recebimento provisório” da obra mediante termo circunstanciado, assinado pelas partes, em até quinze dias da comunicação escrita do contratado. A responsabilidade do Empreiteiro da obra pública é expressamente mencionada no artigo 70 da Lei nº 8666: “O contratado é responsável pelos danos causados diretamente à Administração ou a terceiros, decorrentes de sua culpa ou dolo na execução do contrato, não excluindo ou reduzindo essa responsabilidade a fiscalização ou o acompanhamento pelo órgão interessado”.

Consoante Artigo 78 da Lei nº 8666, constitui motivo para rescisão do contrato de execução da obra pública o *“desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, que é o Fiscal da obra”*.

Conforme exposto acima, a fiscalização da obra é um dever de suma importância, tanto para o empreendimento, quanto para a sociedade. Por isso, predomina a responsabilidade objetiva do Estado, quando o evento danoso decorrer da ausência em seu cumprimento. Quanto ao contratante, nos termos do artigo 70 da Lei 8666, também será responsabilizado pelos danos ocorridos

na execução do contrato, ainda que, tenha efetivamente realizado a fiscalização e acompanhamento da obra.

4 CONCLUSÃO

Como se expôs na presente monografia, o Estado, desde suas primordiais constituições, se preocupou em regulamentar acerca da responsabilidade do Estado. Este instituto baseia-se nos princípios da Legalidade e Igualdade, previstos no Artigo 37 da Constituição Federal.

Foram várias alterações normativas sobre o tema, e ainda hoje, existem divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto à sua aplicação em casos concretos.

Os casos de execução de obra pública, por não estarem previstos no Artigo 37, §6º da Constituição Federal, enseja o posicionamento que, nas hipóteses de ocorrência de dano, a responsabilidade será, a mesma atribuída aos serviços públicos, ou seja, responsabilidade objetiva, pois, embora a obra pública seja um fato administrativo, deriva sempre de um ato administrativo de quem ordena sua execução. Portanto, ainda que a obra seja executada por uma empreiteira particular, a responsabilidade será do Poder Público, pois foi quem determinou a sua execução. Um exemplo de adepto a esta corrente é o ilustre autor Hely Lopes Meirelles.

Outro posicionamento acerca do dano ocorrido em execução de obra pública, afirma que, embora a obra tenha sido executada pelo Estado através de empreiteira particular, e o dano tenha sido provocado exclusivamente por ela, a responsabilidade será subjetiva comum de direito privado. Portanto, a responsabilidade do Estado será subsidiária, isto é, o Estado somente configurará como polo passivo se o executor não puder reparar os prejuízos que causou.

As hipóteses de exclusão da responsabilidade estatal, ocorrem quando, em determinadas situações não há nexo de causalidade entre a conduta estatal e o dano, dentre elas, força maior, caso fortuito, e culpa exclusiva da vítima.

Um aspecto importante sobre a obra pública refere-se à sua Fiscalização. O Poder Público, órgão encarregado de resguardar o direito à vida, à segurança, e tantos outros direitos fundamentais para a sociedade, impõe regulamentações relevantes sobre este ato. O Artigo 67 da Lei 8666 determina que a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, e o Artigo 77 desta lei estabelece que o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a execução da obra, constitui motivo para rescisão de contrato. Ainda, o Artigo 70 da referida lei, determina que o contratante será responsável pelos danos que causas à Administração e a terceiros, não excluindo essa responsabilidade a efetiva fiscalização e acompanhamento pelo órgão competente. Ressalta-se a importância destes dispositivos, uma vez que, a fiscalização sistemática e eficiente da obra pública, permite prevenir a ocorrência de falhas, trazendo segurança aos trabalhadores e à sociedade.

Um caso recente ocorrido em Julho/2014, em Belo Horizonte, foi a queda do Viaduto dos Guararapes, na Avenida Pedro I, onde, o desabamento da estrutura deixou dois mortos e 23 feridos. Além da condenação na esfera criminal, o Ministério Público relatou que quanto à Sudecap (Superintendência de Desenvolvimento da Capital), *“a falha deles foi em relação à fiscalização. Foi defeituosa, agiram com negligência”*. Neste caso, conforme demonstra a doutrina e jurisprudência estudada, poderá se aplicar a responsabilidade objetiva do Estado por omissão, implicando no dever de indenizar do Estado e do Empreiteiro, desde que comprovado o nexo de causalidade entre a omissão na fiscalização e os danos causados.

Conclui-se que o Estado sempre se preocupou em regulamentar sobre a responsabilidade do Estado. E hoje, apesar das divergências doutrinárias e jurisprudências sobre este tema, os posicionamentos buscam a proteção do

terceiro prejudicado, quando este não contribuiu para o dano ocorrido. Vez imputando a responsabilidade objetiva ao Estado, ora imputando-a subsidiariamente ao executor particular da obra.

REFERENCIAL TEÓRICO

ARAGÃO, Alexandre Santos. **Delegações de Serviço Público**. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE). Salvador. Instituto Brasileiro de Direito Público, Janeiro 2009.

BRASIL, Constituição Federal, 1988. São Paulo : Rideel, 2013 – Série Vade Mecum.

Brasil. Tribunal de Contas da União. Obras públicas: recomendações básicas para a contratação e fiscalização de obras públicas / Tribunal de Contas da União. – 3. ed. Brasília : TCU, Secob Edif, 2013.

BRITO, Fernando. **Politicagem mórbida: viaduto de BH era da ‘obra da Copa’**. Disponível em : <http://tijolaco.com.br/blog>, acesso em 15/11/2014.

CAHALI, Yussef Said. **Responsabilidade Civil do Estado**. 3ª edição-São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo. Editora Atlas, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FILHO, Cavalieri Sergio. **A Responsabilidade Objetiva e Subjetiva do Estado**. Rio de Janeiro: R. EMERJ, Setembro 2011 p.10-20.

MACHADO, Tania Carolina. **Reflexões Sobre A Fiscalização De Obras Públicas**. Disponível em : <http://www.abenc-ba.org.br>, acesso em 16/11/2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Serviço Público e Poder de Polícia: concessão e delegação**. Revista Eletrônica de Direito do Estado. Salvador. Instituto de Direito Público da Bahia, Setembro 2006.

RECHÉ, Claudio. **CONVERSANDO DIREITO - O "STATUS QUO ANTE"**. Disponível em :<http://www.jurisite.com.br>, acesso em 16/11/2014.

SEVERO, Sergio. **Tratado de Responsabilidade Pública**. São Paulo : Saraiva, 2009.p188.

TAUIL, Roberto. **O Poder de Polícia e a Fiscalização Municipal**. Disponível em <http://www.consultormunicipal.adv.br>, acesso em 15/11/2014,as 14:00.